

COMENTÁRIOS SOBRE TUSHNET*

SANFORD LEVINSON[†]

UM DOSSIÊ SOBRE TAXONOMIA DAS GERAÇÕES DE DIREITOS

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Constitucionalismo; Gerações de Direitos.

KEYWORDS: Fundamental Rights; Constitutionalism; Generations of Rights.

* Traduzido para o português, com autorização do autor, por Guilherme Vasconcelos, do artigo de Sanford Levinson, *Comments on Tushnet*, produzido originalmente em língua inglesa. Guilherme Vasconcelos é mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, estudante do programa de LL.M. da University of Texas School of Law e pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI). E-mail: guilhermegvasconcelos2@gmail.com.

[†] Professor de Direito nas cadeiras W. St. John Garwood e W. St. John Garwood Jr. Centennial da University of Texas Law School. Professor de Government da University of Texas in Austin. Professor Visitante de Direito da Harvard Law School.

O que se segue são alguns breves comentários sobre o interessante conjunto de reflexões do professor Tushnet acerca das distinções entre as diferentes “gerações” de direitos.¹ Uma maneira de conceber essas distinções, naturalmente, é a adoção de uma descrição de direitos de “primeira geração” que privilegie a proteção dos indivíduos em relação a certos tipos de ações governamentais. Uma declaração canônica é encontrada na famosa opinião dissidente do Justice Louis Brandeis no primeiro caso envolvendo escutas telefônicas julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1927. Os redatores da Quarta Emenda, com o objetivo de proteger as pessoas contra buscas injustificadas, “conferiram”, escreveu Brandeis, “contra o Governo, o direito de não ser importunado, o mais abrangente dos direitos e o direito mais valorizado pelos homens civilizados”². Não é por acaso que Brandeis foi também um grande dissidente em casos envolvendo liberdade de expressão, outra área em que privilegiou a liberdade individual. Os direitos de segunda geração, por outro lado, raramente enfatizam a prioridade do indivíduo que exige não ser importunado injustificadamente pelo governo. Em vez disso, a ênfase é alocada no auxílio que o governo pode fornecer aos indivíduos em situação de necessidade. Assim se reconhece todas as vulnerabilidades que, até mesmo, o mais resistente dos indivíduos pode enfrentar ter em relação a desfrutar o que a maioria das pessoas consideraria como necessidades básicas. Estas podem incluir (embora não se limitem a) alimentos, abrigo, assistência médica, algum grau de educação e afins.

Por que não deixar a aquisição de tais bens somente dependente das transações de mercado? A resposta é muito simples: muitos indivíduos simplesmente não têm os recursos financeiros necessários para comprá-los no mercado. Mesmo que alguém esteja inclinado a responsabilizar os indivíduos pelas “escolhas” que eles aparentemente fazem, é impossível aplicar tais argumentos, por exemplo, às crianças. Além disso, à medida que se desenvolve uma compreensão mais estrutural da economia, torna-se mais difícil manter os indivíduos responsáveis pela perda de emprego, caso tenham a má sorte de serem empregados por empresas obsoletas que foram varridas por uma onda de “destruição criativa”, com a criação de novas indústrias e novos meios de se fazer as coisas. Os indivíduos são, também, vítimas essencialmente desamparadas das recessões e

¹ TUSHNET, Mark. Notes on Some Aspects of the Taxonomy of “Generations” of Rights. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 2, 2, 2016.

² *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). É claro que Brandeis estava escrevendo uma opinião dissidente. Seriam necessários quase mais quarenta anos antes que a Suprema Corte aprovasse supervisão judicial geral em relação às escutas telefônicas.

depressões resultantes de desenvolvimentos macroeconômicos que ultrapassam o seu controle. Poder-se-ia esperar que instituições privadas de caridade e outras organizações da sociedade civil se revelassem suficientes para ajudar os necessitados. No entanto, essas organizações são insuficientes para atender a demanda total das pessoas em situação de necessidade. E, portanto, vemos o desenvolvimento do moderno Estado de bem-estar, com origens perceptíveis, pelo menos, desde a Alemanha Bismarckiana.

Estados de bem-estar social podem ser definidos em parte pela sua disposição de fornecer bens, a preços abaixo do mercado, a indivíduos ou grupos selecionados. Por necessidade, isso significa que os bens, que, afinal de contas, precisam ser pagos, mesmo que não pelos destinatários, são financiados por transferências de riqueza dos ricos para os menos abastados. O que justifica isso não é qualquer responsabilidade específica que os primeiros podem ter para com os menos abastados, mas sim uma mistura do fato contundente de que os ricos possuem recursos que podem ser apropriados por meio da tributação, juntamente com uma visão geral de que, em alguma medida, estamos todos ligados como membros da sociedade, com algum grau de responsabilidade de uns perante outros. A noção de “família” amplia-se daqueles com os quais se compartilha uma família ou relações parentais com o que, às vezes, pode ser sentimentalmente descrito como “a família humana”. De qualquer forma, a noção tradicional de direitos de propriedade, como observa Tushnet, inevitavelmente se enfraquece, na medida em que a tributação redistributiva se torna um dos assuntos -e objeto - mais importante do discurso político.

Muitas questões podem se tornar o foco do argumento político sem, ao mesmo tempo, tornar-se “legalizadas”. Ao mesmo tempo, a positivação de direitos em uma Constituição inevitavelmente instiga o litígio, a menos que esses direitos sejam cuidadosamente isolados e qualificados como exclusivamente “*inspiracionais*”, como nas Constituições irlandesa e indiana. Pode um Estado em essência “se recusar a resgatar” um membro de sua comunidade que está precisando de recursos básicos? Pelo menos na teoria legal Anglo-Americana tradicional, não há “dever de resgate”. Os estudantes de primeiro ano de responsabilidade civil são sempre apresentados a exemplos sobre crianças afogadas que são simplesmente ignoradas por estranhos. Seus pais certamente têm quase um dever de resgate por causa da natureza da relação pai-filho, mas estranhos não têm esse dever, mesmo se os custos de resgate forem mínimos. Desnecessário dizer que tais severas doutrinas sempre geram uma discussão vigorosa, especialmente quando os alunos são informados de que o que poderia ser chamado de doutrina da

“indiferença protegida” para as necessidades de bem-estar dos outros é, também, estendido para o Estado. De fato, os Estados frequentemente mitigam a sua indiferença por meio da aprovação de programas legislativos, mas a questão em discussão neste debate é o que significa colocar um *dever* sobre o Estado por meio do desenho constitucional. No entanto, continua sendo importante discutir se a deliberação e aprovação de uma legislação de bem-estar social suscita a maioria dos mesmos problemas que encontramos quando analisamos os desafios enfrentados por juízes quando estes precisam decidir sobre direitos constitucionalmente positivados.

Tushnet observa que as Constituições dificilmente são autoaplicáveis. James Madison, talvez o mais conhecido “designer” da Constituição dos Estados Unidos, expressou consistentemente suas dúvidas sobre a importância do que ele chamou de “barreiras de pergaminho”. Essas barreiras poderiam ser belas frases que, entretanto, são provavelmente ignoradas durante as turbulências da vida política real. Nesse sentido, a garantia das liberdades de expressão e de imprensa na Primeira Emenda à Constituição dos EUA, por exemplo, não impediu que o Presidente e o Congresso, em 1798, apenas sete anos após a ratificação da Emenda, aprovassem uma lei de censura muito dura que criminalizou críticas ao Presidente e outros discursos que poderiam ser potencialmente prejudiciais ao governo nacional. A Suprema Corte declarou em 1965 que a lei era inconstitucional, mas isso dificilmente proporcionou conforto aos editores de jornais que foram julgados por suas violações. Muitos outros exemplos poderiam ser extraídos da história constitucional dos Estados Unidos e, sem dúvida, provavelmente de todos os outros sistemas constitucionais.

A esperança padrão particular a todos os designers de Constituições liberais pode ser descrita pela noção de que um “Judiciário independente” irá reforçar as barreiras contra a má conduta governamental ou, então, ainda mais controverso, irá adjudicar as obrigações colocadas ao governo para dar socorro aos necessitados. Isso ressalta o problema a que Tushnet faz alusão: como devem ser escolhidos os juízes e por que alguém acreditaria que seus pontos de vista sobre tais questões não estarão geralmente de acordo com os agentes públicos que os nomeiam (quem pode querer suprimir certas liberdades ou resistir à tributação necessária para fornecer recursos aos pobres?). Mas mesmo que alguém, talvez por magia, crie um judiciário que apoie militantemente os direitos de segunda geração, permanece a questão sobre como se deve efetivar a realização desses direitos diante da omissão ou resistência legislativa para gastar o orçamento com esses direitos. Inclusive com a constatação de que os direitos de segunda geração

inevitavelmente exigem um orçamento muitas vezes imenso. Uma Constituição pode garantir um imenso rol de bens, ainda que não seja necessariamente o caso de que a própria sociedade possa ser suficientemente rica para financiar todos eles. Como muitas vezes se observa, alguns dos exemplos mais impressionantes de direitos textuais de segunda geração aparecem nas Constituições de países que estão lutando economicamente. Pense apenas na Constituição da África do Sul e do Iraque a esse respeito, embora certamente haja muitos outros. Nesse sentido, é possível que escolhas sejam feitas não somente entre bens de bem-estar e, digamos, armamento militar para a defesa nacional, mas entre os próprios bens de bem-estar em si. Em que momento se pode parar de gastar em habitação ou cuidados médicos a fim de custear a educação ou uma renda básica mínima para os idosos que não podem trabalhar ou que têm direito, após muitos anos de trabalho árduo, a uma aposentadoria digna? É difícil acreditar que há algo na formação específica daqueles que se tornam juízes que os tornam “especialistas” em fazer tais determinações. Como Tushnet sugere, estas são precisamente as escolhas difíceis que nós mais comumente esperamos que os legisladores considerem e exerçam. Talvez nos voltemos para juízes, porque não confiamos mais nos legisladores. Se assim for, isso obviamente evidencia um profundo defeito na própria política nacional.

Mas Tushnet está dirigindo nossa atenção para os chamados direitos de “terceira geração”. Alguns desses podem geralmente ser descritos como direitos de grupo ligados a membros de subcomunidades específicas dentro da sociedade maior. Isso não é verdade, no entanto, do ponto de vista dos “direitos ambientais”, que, por mais controversos que sejam, geralmente não são vistos como parte integrante da salvaguarda de um grupo subnacional que se sente vulnerável a uma cultura hegemônica externa. Tanto a primeira quanto a segunda geração de direitos não requerem uma discussão significativa sobre o que seja a definição de grupos que existam dentro do Estado ou quaisquer direitos que um grupo hegemônico possa possuir dentro do Estado. No entanto, isso se torna especialmente importante se um grupo reivindica direitos não só contra o abrangente Estado de forma geral, mas contra membros específicos ou de oposição do próprio grupo. Um grupo religioso, por exemplo, tem direito à isenção das leis gerais de herança ou dos direitos das mulheres, mesmo que alguns membros do grupo prefiram aderir à norma geral? Também é significativo que muitos desses casos de “direitos de grupo” envolvam a educação dos jovens. Afinal, os grupos não podem manter-se através do tempo sem esforços altamente autoconscientes para socializar os jovens em práticas específicas e maneiras de olhar para o mundo que nos permita identificar grupos

específicos. Isto é especialmente importante no que diz respeito à língua, como ilustrado em uma série de casos provenientes de Quebec sobre a ostensiva prioridade que o francês tem sobre o inglês naquela região. Mas o idioma é apenas uma parte do que constitui uma cultura distinta que, por definição, pode diferir profundamente de outros grupos que compartilham o espaço dentro de uma determinada política global. O “multiculturalismo” tornou-se uma realidade reconhecida em quase todos os países do mundo de hoje. Com certeza, pode haver reação em alguns países contra ela. Isso pode ser constatado com o recente triunfo nos Estados Unidos de Donald Trump ou a decisão de 52% do público votante no Reino Unido para deixar a União Europeia. Mas tentar genuinamente frear o movimento das “marés” em direção a realidades multiculturais é provavelmente um movimento tão inútil quanto a tentativa do rei Canute de comandar as “marés” de modo a não influenciarem seus próprios planos.

Mais uma vez, é possível duvidar da aplicação real desses direitos quando eles são realmente bastante controversos e indicativos do que se pode considerar como fissuras profundas dentro de um país em particular, por exemplo, o Canadá. Na medida em que os “direitos de grupo” podem servir como evidência de tais fissuras, então quase invariavelmente começa-se a perguntar se as Constituições devem prescrever a forma final de um direito de grupo chamado “secessão”. Num artigo recente, Vicki Jackson, colega do Professor Tushnet, argumentou que é provável que as Constituições mantenham silêncio sobre a possibilidade da secessão, embora, ao mesmo tempo, ela defenda a opinião de que não se deve rejeitar a secessão como uma solução possível, por mais lamentável que ela possa ser para os problemas enfrentados pelas sociedades divididas³. Em uma decisão famosa, a Suprema Corte canadense sugeriu que, mesmo que Quebec não tenha o direito de se separar unilateralmente do Canadá, o resto do Canadá, no entanto, tem o dever de negociar com Quebec, caso essa província indicasse claramente um desejo de seguir seu próprio caminho. E enquanto se olha ao redor do mundo contemporâneo, pode-se observar uma série de movimentos de secessão. Se o Reino Unido se afastar com êxito da União Europeia, é certamente provável que haverá esforços renovados na Escócia para denunciar o Tratado de União, de 1709, e se separar do próprio Reino Unido. Além disso, pode-se facilmente entender por que a Espanha se recusa resolutamente a reconhecer a

³ JACKSON, Vicki. Secession, Transnational Precedents, and Constitutional Silences. In: Sanford Levinson (ed.). **Nullification and Secession in Modern Constitutional Thought**. Lawrence, KS: University Press of Kansas, 2016.

legitimidade do novo país do Kosovo, uma entidade separatista, por medo de que isso possa aumentar a legitimidade dos que apoiam a secessão catalã.

No mesmo livro em que sua colega publicou o seu artigo, o Professor Tushnet ofereceu uma breve visão geral dos tipos de questões que poderiam surgir em qualquer negociação real sobre a secessão⁴. Embora os advogados sejam certamente necessários para ajudar a elaborar a linguagem específica da legislação ou de tratados que regulem qualquer secessão, não está claro que esses mesmos advogados seriam particularmente úteis durante as próprias negociações sobre questões políticas fundamentais, incluindo a importante questão de saber se há realmente suficiente unidade entre grupos diferentes para apoiar a manutenção de uma união em vez de fragmentação em países separados, como foi visto na ex-Iugoslávia ou, de forma mais pacífica, na Checoslováquia. Obviamente, a violação de direitos de primeira e segunda geração também pode provocar resistência política e criar discórdia substancial. Mas quero sugerir que pode haver um limite especial, por assim dizer, em relação a alguns direitos de terceira geração, na medida em que estes invocam uma retórica que pode acabar negando a prioridade de uma comunidade abrangente com reivindicações transcendentais.

Estas são observações muito preliminares. Não só muito mais poderia ser dito, mas também é certamente o caso que eu poderia modificar meus próprios pontos de vista à luz de uma discussão mais aprofundada. O ponto, entretanto, é ressaltar o fato de que o professor Tushnet trabalha com questões que devem ser o foco para qualquer um interessado no tópico geral do “projeto constitucional” ou em algumas das infelizes realidades da política contemporânea em um número de países diferentes ao longo do globo.

REFERÊNCIAS

JACKSON, Vicki. Secession, Transnational Precedents, and Constitutional Silences. In: Sanford Levinson (ed.). **Nullification and**

⁴ TUSHNET, Mark. Secession as a Problem in Negotiation. In: Sanford Levinson (ed.). **Nullification and Secession in Modern Constitutional Thought**. Lawrence, KS: University Press of Kansas, 2016, p. 343-358.

Secession in Modern Constitutional Thought. Lawrence, KS: University Press of Kansas, 2016.

TUSHNET, Mark. Notes on Some Aspects of the Taxonomy of “Generations” of Rights. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, 2, 2016.

TUSHNET, Mark. Secession as a Problem in Negotiation. In: Sanford Levinson (ed.). **Nullification and Secession in Modern Constitutional Thought.** Lawrence, KS: University Press of Kansas, 2016

Comments on Tushnet
Comentários sobre Tushnet
Submitted: 2016-12-07